

**Las formas de vinculación en la prestación del Servicio Social Obligatorio –año rural
en medicina-**

Kelly Johana Cardona Herrera

Trabajo de grado presentado para optar al título de abogada

Asesora temática:

Adelaida Acosta Posada

Universidad EAFIT

Facultad de Derecho

Medellín

2020

Contenido

Resumen	4
Introducción	6
Justificación.....	8
1. Título.....	13
2. Marco teórico	14
3. Objetivos.....	17
3.1 Objetivo General	17
3.2 Objetivos específicos.....	17
4. Breve referencia histórica del Servicio Social Obligatorio	18
5. Tipos de vinculación en las empresas sociales del Estado.....	22
5.1. Vínculo legal y reglamentario: empleados públicos	27
5.1.1 Régimen salarial y prestacional en los empleos de libre nombramiento.....	34
5.1.2 Jornada laboral.....	38
5.2 Vínculo laboral mediante contrato de trabajo.....	42
5.2.1 Trabajadores oficiales.....	46
5.2.2 Trabajadores particulares	47
5.2.3 Régimen salarial y prestacional en los contratos de trabajo individuales	48
5.2.4 Jornada laboral.....	52

5.3 Vínculo contractual de prestación de servicios.....	54
5.4 Empresas de servicios temporales como empleador	60
Conclusiones.....	65
Referencias	68
Bibliografía.....	73

Resumen

La Ley 50 de 1981 introdujo en Colombia el Servicio Social Obligatorio para los profesionales del sector de la salud, quienes, en razón de su formación académica y como requisito previo para obtener la tarjeta profesional, deben prestar un servicio como forma de retribuir a la sociedad durante un mínimo de seis meses y un máximo de doce. Dicho servicio puede realizarse como investigación o en la prestación personal del servicio de salud.

A pesar de que actualmente existe un compendio de normas sobre el requisito, sigue siendo confuso para los egresados y para las instituciones donde van a prestar sus servicios, la forma en que se puede dar la vinculación, debido a que las normas al respecto no son claras. Ante la necesidad de ampliar los conocimientos en el tema, se investigaron las tres formas permitidas de vinculación de los egresados de la carrera de medicina asignados en instituciones con calidad de empresas sociales del Estado –Eses-, donde laboran como prestadores del servicio de salud. Estas formas son: a través de un vínculo legal o reglamentario, contrato de trabajo, o en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios. También se encontraron formas de vinculación que no están permitidas y, por último, se explica por qué deberían, preferiblemente, ser siempre vinculados por medio de contrato de trabajo.

Para defender esta última postura, se referenciaron las normas más importantes que regulan estas relaciones. Así mismo, los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales correspondientes a los médicos del Servicio Social Obligatorio. Esta revisión nos acerca a la temática de una manera clara, al tiempo que informa y actualiza a todas las personas interesadas en la cuestión. Encontramos que el contenido del estudio, nos aproxima a tan importante derecho fundamental

como lo es el derecho al trabajo, invitando a la reflexión para sumarse al esfuerzo nacional por un país libre de violaciones al mismo.

Palabras clave: Servicio Social Obligatorio (SSO) en salud, contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios, empresas sociales del Estado (Eses).

Introducción

Mediante la vinculación de personas al Servicio Social Obligatorio en materia de salud, se ha buscado que los profesionales y técnicos del área de la salud contribuyan a que en el territorio colombiano mejore el acceso y la calidad de los servicios de esta área. Especialmente en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso. Así lo establecen el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007 y el artículo 23 de la Ley Estatutaria en Salud y, en la misma línea, la Corte Constitucional afirma que:

El carácter social del servicio se manifiesta en la pretensión legislativa de mejorar el acceso a los servicios de salud en poblaciones marginales y/o frente a grupos humanos vulnerables. En ese sentido, constituye una carga impuesta a los profesionales del área de la salud, derivada del principio de solidaridad y justificada a partir de propósitos constitucionalmente legítimos que se cifran en la obtención de beneficios para el sistema de salud, llevando servicios sanitarios a sectores que enfrentan dificultades de acceso al mismo (Corte Constitucional Sentencia T-109 de 2012).

Como si fuera poco, propicia los espacios para el desarrollo personal y profesional del talento humano que inicia su vida laboral en este sector. Es por ello que la Ley 1164 de 2007 es reiterativa en señalar que la formación y el desempeño, deben caracterizarse por el logro de los mayores beneficios posibles, dentro de la disponibilidad de recursos del sistema educativo y de servicios.

Para su fundamento, encontramos que:

- Es una carga derivada del principio de solidaridad social;
- Ayuda a distribuir mejor el talento humano en salud en el territorio colombiano; y
- Está encaminado a satisfacer el derecho al trabajo, convirtiéndolo en un bien de importancia jurídica, pues de acuerdo a su desempeño se mostrarán o no las habilidades y competencias que obtuvieron en los inicios de su vida laboral.

No se hace referencia a la temática correspondiente a otros aspectos laborales tales como la convocatoria pública o la asignación de plazas que deben ser previamente aprobadas por la autoridad competente; no porque sean cosas distintas y no estén inmersas en el ámbito laboral, al contrario, hacen parte de él; pero no es indispensable para cumplir con los objetivos del estudio, pues lo más importante en este caso son las condiciones bajo las que se encuentran sometidos una vez son vinculados.

Al mismo tiempo, tampoco se incluyeron en el estudio los regímenes de vinculación laboral de las instituciones prestadoras de salud –Ips- (sector privado), o clínicas u hospitales diferentes a las empresas sociales del Estado –Eses- (sector público). En otras palabras, solo se estudió el régimen laboral en las empresas sociales del Estado –Eses-.

Si se tiene en cuenta que los profesionales objeto del Servicio Social Obligatorio son quienes pretenden obtener el título profesional en medicina, odontología, enfermería y bacteriología, debe aclararse que el régimen de los médicos discrepa con el de los demás profesionales o tecnólogos. Por ello, el objeto de esta investigación está únicamente en los médicos que aspiran a obtener la tarjeta profesional.

Justificación

El tema fue elegido, considerando que en Colombia, el artículo 25 de la Constitución Política de 1991, señala que “el trabajo es un derecho y una obligación social”. En tal enunciado se le está otorgando una protección especial por parte del Estado, para que sea ejecutado en condiciones dignas y justas. En contraste, la Carta también en el artículo 49 establece que el Estado se encargará de organizar, vigilar y controlar la prestación de servicios de salud. Como se ve, en esta investigación se unen los dos derechos fundamentales: al trabajo y a la salud. La causa de dicha dinámica de unión, es principalmente que se busca que en un primer momento se aporte al mejoramiento de las condiciones laborales de unos sujetos pertenecientes al talento humano en salud de Colombia, como lo son los recién egresados de medicina. Y en un segundo momento, que las consecuencias positivas de ese primer momento se vean reflejadas en el sistema de salud en general. Pues bien, al final son ellos los encargados de prevenir, diagnosticar, y/o tratar a la comunidad.

En concordancia con la explicación anterior, encontramos que la Corte Constitucional, afirmó que:

Las distintas modalidades de trabajo y la forma de hacer efectivo su valor, el principio y el derecho-deber, corresponde principalmente al legislador, quien goza de un importante margen de libertad de configuración dentro de los parámetros constitucionales establecidos en beneficio de los derechos y condiciones laborales mínimas y, también, desde el punto de vista subjetivo, a partir del núcleo esencial que lo identifica (Corte Constitucional Sentencia C-614 de 2009).

De manera que, ¿cómo pueden cumplir los médicos a cabal sus funciones y con los estándares de vigilancia y control, si las condiciones en que desempeñan su labor no son conformes a derecho? La complejidad del derecho a la salud, implica que:

La plena garantía del goce efectivo, está supeditada en parte a los recursos materiales e institucionales disponibles. Por ello, las limitaciones de carácter presupuestal que al respecto existen en el orden nacional o en un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas (Corte Constitucional Sentencia T-016 de 2007).

En relación con lo dicho por la Corte, es necesario recalcar que el artículo 3° de la Resolución 1058 de 2010, plantea que las plazas para prestar el SSO como lo son las empresas sociales del Estado, deben contar con los recursos suficientes para recibir a los egresados que le sean asignados. Dicho requisito también debe ser validado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En lo que al estudio conviene, entenderemos por contar con los recursos necesarios, como la capacidad financiera de cubrir las nóminas de los empleados, incluyendo el pago de las prestaciones sociales y los aportes al Sistema de Seguridad Social.

Pero en la práctica ha sucedido al contrario:

Desde hace varios años, los profesionales de la salud se sienten inconformes por el funcionamiento del servicio social obligatorio, más conocido como rural, pero ahora la situación es más agónica que nunca.

Si bien pueden ser elegidos para una plaza donde pagan dos, tres o cuatro millones de pesos, también podrían irse un año por un salario de \$800.000 y con prestación de servicios, es decir, restando el 11,4 % de su sueldo para pagarse salud y pensión. Y encima de todo, sin saber si les pagarán cumplidamente o no, pues, según ellos, no existen garantías.

Además de esto y los pagos irrisorios que tienen en algunas de las plazas que sortean, la queja del sector salud es por la cantidad de horas que trabajan. Los más afectados son los médicos, que, en algunos casos, tienen que trabajar hasta tres días seguidos. (Revista semana, 2014).

No cabe duda que la necesidad de investigarlo desde el derecho, surge a raíz de que no ha sido lo suficientemente atendido, pues no se han hechos los esfuerzos teóricos y prácticos máximos por compilar trabajos o realizar investigaciones para encontrar posibles soluciones a quienes día a día laboran en medio de la inseguridad contractual; esto es, reportando inconformidades tales como: la vinculación por medio de cooperativas; contratos de prestación de servicios; ausencia de pagos de salarios y horas extras, o la impuntualidad en los mismos; realización de turnos mayores a la jornada laboral máxima permitida; no aportes al SSSI; sin pagos de prestaciones sociales; y luchar en vano para que las disponibilidades prestadas efectivamente sean remuneradas.

Pensemos en una relación directa entre el constante incumplimiento de las garantías laborales de los profesionales y las fallas que se derivan en todo su entorno a raíz de estos problemas. Dicho de otro modo, si no se les aplica un modo de vinculación conveniente y que se adapte a este modo especial de servicio, y verificando el cumplimiento de las garantías, se estaría afectando no solo individual sino también colectivamente el bienestar.

Otro punto es el aumento de trastornos psiquiátricos y suicidios que se generan por causa de exigencias laborales cada vez más altas, pero remuneraciones cada vez más bajas. A manera de ilustración, se encuentra lo dicho por Roberto Baquero, director del Colegio Médico Colombiano (CMC), quien aseguró que la depresión y suicidio en los médicos es causada, entre otros, por:

El problema del rural en donde son avasallados por las instituciones que abusan de ellos en su contratación. No les pagan, los contratan por prestación de servicios, no les dan seguridad social, no hay horas extras ni compensatorios y eso les genera una sobrecarga muy grande. Ellos no pueden renunciar porque son sancionados con una espera de un año más para presentarse de nuevo al rural.

(...) Hay mucha problemática y angustia dentro de estos profesionales y eso nos demuestra el aumento del suicidio entre nuestros colegas (...) muchos niegan que estén enfermos pero hay cifras que dicen que los médicos tienen el doble de riesgo de suicidio que la población general y lo peor es que las médicas tienen mayor probabilidad que los hombres médicos de suicidarse.

Los médicos en general reciben mucha carga por su trabajo, son los que más se angustian. Solo hay que ir a un servicio de urgencia o a una unidad de cuidado

intensivo. El estrés es muy grande porque no hay conciencia de que ese médico no es dios sino ser humano. El concepto de médico se basa en no hacer daño y eso no lo ha entendido la gente y por eso las agresiones contra los médicos. (Revista Semana, 2020).

1. Título

Las formas de vinculación en la prestación del Servicio Social Obligatorio –año rural en medicina-.

2. Marco teórico

Tal como aduce Jaime Arias López (2011), la protección heterónoma, a cargo del Estado, es brindada a través o a partir de los tres poderes: el poder legislativo dictando una legislación laboral especializada y tuitiva; el poder ejecutivo a través de la administración del trabajo, especialmente de la Inspección del trabajo, que debe controlar la aplicación de dichas normas; y el poder judicial, que debe ofrecer una justicia especializada y un procedimiento autónomo para la solución de los conflictos que surgen del incumplimiento de esa normativa (p.327). Es así como, el Estado no debe desentenderse de las relaciones jurídicas-laborales desde ninguno de sus tres poderes o ramas. Tampoco puede abandonarlas a merced de los actos que cada institución ejecute en su arbitrio. Es necesario un esfuerzo permanente por proteger, en este caso, al talento humano en salud.

Desde otra perspectiva, Ricardo Barona Betancourt (2014), expresó que la protección constitucional del trabajo, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo o de exigirle al Estado el mínimo de condiciones materiales que se requieren para proveer su subsistencia en condiciones dignas, sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada (p.272).

Vale la pena revisar lo dicho por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2007), pues definió el trabajo decente, como aquella labor productiva para los hombres y las mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. Es decir, el trabajo decente

supone que unos y otras tengan oportunidades para realizar una actividad productiva que aporte un ingreso justo, seguridad en el trabajo y protección social para los trabajadores y sus familias, que ofrezca mejores perspectivas de desarrollo personal y favorezca la integración social, que dé libertad a las personas para manifestar sus inquietudes, organizarse y participar en las decisiones que inciden en su vida, y que garantice la igualdad de oportunidades y trato para todos (pp. 2 y 3).

Otro rasgo de este estudio, radica en la trascendencia de tener acceso a un buen servicio de salud. El personal médico, en vez de tener suficiente con las exigencias de la ciencia, tales como: calidad en conocimientos, experiencia, ética, pericia, diligencia, entre otros; además tienen que preocuparse por no poder prestar un buen servicio debido a razones que se salen de sus ámbitos de dominio. Respecto a esto se afirma por Barona et al. (2014), que “los médicos, en especial, deben aceptar la responsabilidad de ser guardianes de la calidad de la atención médica y no deben permitir que otros elementos de consideración del acceso pongan en peligro la calidad de la atención prestada” (p. 28).

Según Astolfo León Franco (2006), en una falla del sistema de salud, la única víctima no es el paciente. A diferencia de lo que se puede pensar, en segundo lugar están los médicos, en tercer lugar los familiares de ambos, en cuarto lugar sus equipos de colaboración, en quinto lugar las instituciones de salud que cuentan en su nómina al médico, y por último, el entorno social (p. 39).

Para terminar, esta investigación se realizó con base en algunas noticias y reportes nacionales comprendidos entre los años 2013 y lo transcurrido del año 2020, debido a que en los últimos siete años se ha evidenciado un alto número de quejas y reclamos, presentados con el fin de

resolver controversias relacionadas con temas como el régimen prestacional y salarial aplicable en el Servicio Social Obligatorio.

También es importante realizar un breve estudio de las sentencias promulgadas que contemplen la figura del médico rural, así como indicar la normativa que regula lo atinente, para lo cual se hará referencia a la Ley 50 de 1981, el Decreto 2396 de 1981, la Resolución 795 de 1995, el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007, la Resolución 1058 de 2010, la Resolución 2358 de 2014, y la Resolución 6357 de 2016, y el Concepto del Ministerio de Salud y Protección Social No. 2482 del 16 de mayo de 2002.

Por otra parte, se incluirá al Estatuto de Personal contemplado en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud. Al igual que lo concerniente al régimen de las empresas sociales del Estado encontrado en la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, como temas relevantes para el trabajo a desarrollar.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Presentar las características y diferencias de los tipos de vinculación de los médicos que aspiran a obtener la tarjeta profesional, en la prestación del Servicio Social Obligatorio- año rural- en Colombia, y mostrar por qué el contrato de trabajo debería ser el único tipo de contrato utilizado.

3.2 Objetivos específicos

- Estudiar los principales elementos y características del contrato de trabajo.
- Asociar al médico en Servicio Social Obligatorio a la figura de trabajador.
- Presentar en qué consisten los otros tipos de vinculación en el Servicio Social Obligatorio en salud diferentes al contrato de trabajo.
- Demostrar por qué el contrato de trabajo es la figura más conveniente para el médico en Servicio Social Obligatorio en salud.

4. Breve referencia histórica del Servicio Social Obligatorio

El Servicio Social Obligatorio se origina en el año 1949, mediante el Decreto 2842, donde se catalogó como la “medicatura rural”. En él se indicó que los servicios de salud, deben ser prestados como requisito previo para el registro y la obtención de la tarjeta profesional de los médicos colombianos. Esta norma, excluyó a los demás profesionales del área de la salud: odontólogos, enfermeros y bacteriólogos. Así, el servicio tiene desde entonces un carácter obligatorio, y se señala a partir de este Decreto, uno de sus principales objetivos: ser ejercido en las zonas más deprimidas del país.

Posteriormente, la Ley 50 de 1981, creó el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio nacional. En ella se estableció expresamente la existencia de un vínculo entre el profesional que presta su Servicio Social Obligatorio y la entidad pública o privada, receptora del mencionado servicio. A diferencia el Decreto 2842 de 1949, esta Ley fue la primera en plantear que las tasas remunerativas y el régimen prestacional para quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal.

La anterior Ley fue reglamentada por el Decreto 2396 de 1981. En su artículo 3º confirma la existencia del vínculo entre el egresado y la institución en la que presta el servicio, y amplía el ámbito territorial en donde deberán ser prestados los servicios de salud. Para lo cual señala que será en entidades oficiales o en entidades de salud de carácter privado sin ánimo de lucro ubicadas en zonas rurales o en zonas marginadas. Otro punto importante de la norma, es que cede la aplicación a los principios de igualdad y proporcionalidad frente a quienes prestan sus servicios profesionales en la misma entidad, de diferentes formas.

Primero, aduciendo que las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

Segundo, extendiendo como sujetos aptos para aplicar al servicio, a las personas que hayan culminado sus estudios en programas tecnológicos, y no solo a los profesionales en medicina, odontología, bacteriología, y enfermería, como se establecía anteriormente en la norma. Y finalmente, permitió que los egresados del área de la salud cumplieran con el requisito de distintas maneras:

- Mediante el desarrollo de programas de salud que atiendan emergencias, calamidades públicas y
- Colaborando en programas docentes de tipo científico o investigativo.

En razón de las dudas que surgieron, el Ministerio de Salud, expidió la Resolución 795 de 1995. En ella estableció los Criterios Técnico Administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio. Un aspecto muy importante en ella es que reafirma que los empleados del Servicio Social Obligatorio están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las entidades donde prestan sus servicios.

Posteriormente, la Ley 50 de 1981, fue derogada por el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007, lo que convierte a esta última en una de las normas de mayor trascendencia en la regulación del tema. Se sustituyeron todos los elementos en materia de personal de la salud. No obstante, mientras se reglamentaba, continuaban vigentes durante ese lapso de tiempo las normas que desde antes regían para los profesionales. Esta norma también le atribuyó competencia para

diseñar, coordinar, organizar y evaluar, al Ministerio de la Protección Social, hoy denominado Ministerio de Salud y Protección Social.

Otra norma de gran importancia es la Resolución 1058 de 2010. En ella se destaca, la presentación de las causales de exoneración para prestar el servicio. Esto quiere decir que los egresados de los programas de salud, tienen la posibilidad de eximirse por medio de sorteo.

De otro lado, los artículos 2° y 27 del Decreto 4107 de 2011, establecen que además de estar obligado el Ministerio de Salud y Protección Social a dirigir, organizar, coordinar y evaluar el programa obligatorio de los profesionales y ocupaciones del área de la salud; también lo está la Dirección de Desarrollo del Talento Humano de cada entidad de salud privada o pública.

En lo referente a la asignación de las plazas, y derogando el artículo 13 de la Resolución 1058 de 2010, aparece la Resolución 0274 de 2011. Esta asigna la responsabilidad de coordinar el procedimiento de asignación de las plazas de los egresados profesionales de medicina, odontología, enfermería y bacteriología, en la modalidad de prestación de servicios de salud, a las Direcciones Departamentales de Salud o quien haga sus veces, y a las Direcciones Distritales de Salud. Fue reglamentada por las Resoluciones 566 y 4503 de 2012.

De otro lado, la Resolución 2358 de 2014 subraya que de hacerse necesario contemplar un procedimiento para la asignación de plazas, este debe realizarse mediante el equilibrio entre la garantía de una selección objetiva de los profesionales de acuerdo a las prioridades y preferencias de ellos, y las necesidades de las entidades de salud que tienen aprobadas plazas por asignar. Dicho de otro modo, se empezó a tener en cuenta las condiciones sociales, económicas y culturales de cada egresado, con el fin de que este fuera ubicado en una institución acorde a sus necesidades.

Posteriormente se promulgó la Resolución 6357 de 2016, la cual estableció un mecanismo de provisión directa de plazas para atender las Zonas Veredales Transitorias de Normalización —ZVTN- y Puntos Transitorios de Normalización —PTN. Estas plazas fueron producto del proceso de negociación con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -FARC-EP. Son de ubicación temporal, pues van hasta la culminación del proceso de dejación de armas. Su justificación, radica en que en estos lugares se requiere contar con el Talento Humano necesario para la atención en salud de todas las personas allí presentes.

Otro rasgo importante fue que la misma Resolución, modificó las Resoluciones 1058 de 2010 y 2358 de 2014, respecto a la urgencia de realizar ajustes frente a los tiempos de duración, modalidad de asignación de las plazas del Servicio Social Obligatorio y replantear las causales de exoneración para los profesionales de la salud.

5. Tipos de vinculación en las empresas sociales del Estado

El artículo 6° de la Ley 50 de 1981, el artículo 6° del Decreto 2396 de 1981 y el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 1164 de 2007, indican que las personas que cumplan con el Servicio Social Obligatorio, quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculan y de acuerdo al nivel académico de los egresados. Al llegar a este punto, surge entonces la pregunta sobre cuál es el régimen aplicable.

El régimen aplicable será principalmente el de las empresas sociales del Estado, pues así lo establece el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, donde se plantea que: “la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado (...)”.

Hildebrando Leal Pérez (2018), señala que “las empresas sociales del Estado son organismos creados por la Nación o las entidades territoriales, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, con el objeto de prestar en forma directa servicios de salud” (p. 163). Al lado de ello, según el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, pertenecen al sector descentralizado por servicios, de la rama ejecutiva del poder público colombiano. Es importante tener en cuenta este último criterio técnico o funcional, porque le permite orientarse en su papel de prestador de servicios.

Cierto es que es el artículo 70 de la Ley 489 de 1998 el que ilustra en qué consisten los establecimientos públicos, de la siguiente manera:

Son organismos encargados principalmente de atender funciones administrativas y de prestar servicios públicos conforme a las reglas del Derecho Público, que reúnen las siguientes características:

- Personería jurídica;
- Autonomía administrativa y financiera;
- Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes, el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, en los casos autorizados por la Constitución y en las disposiciones legales pertinentes.

En relación con la formas de vinculación del Servicio Social Obligatorio en este tipo de establecimiento público, según la Resolución 1058 de 2010, las plazas de Servicio Social Obligatorio son cargos o puestos de trabajo establecidos por instituciones públicas o privadas, y en su artículo 15° señala que:

Se hará a través de nombramiento o contrato de trabajo, o, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución.

Se concluye de lo anterior que, el tipo de vinculación laboral del médico en Servicio Social Obligatorio en salud, variará dependiendo de la naturaleza jurídica de la institución en la que preste el servicio, y dado que el foco de estudio de este trabajo se centra en explicar únicamente el de las empresas sociales del Estado, es así como se debe afirmar que los médicos en Servicio

Social Obligatorio en salud están sujetos laboralmente a la normatividad establecida para este tipo de entidades públicas, es decir, deberán acogerse al derecho administrativo laboral.

No obstante, surge el siguiente interrogante: ¿las empresas sociales del Estado, son verdaderas entidades públicas o, al contrario, son empresas industriales y comerciales del Estado? La respuesta a esa pregunta revelará si los médicos del Servicio Social Obligatorio podrán alguna vez acogerse a un régimen privado o a uno público.

En primer término, la respuesta es negativa, dado que la normatividad colombiana reitera que las empresas sociales del Estado son entidades públicas de la siguiente manera:

La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso (artículo 194 de la Ley 100 de 1993).

El numeral 5° artículo 195 de la anterior Ley 100 de 1993, indica que la regla general es que las personas vinculadas a la empresa social del Estado tendrán el carácter de empleados públicos. Conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, se plantea una excepción y es que quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, son denominados trabajadores oficiales y por tanto se rigen por derecho privado.

Desde otra perspectiva, surgen otros interrogantes: ¿puede ser la regla general que el régimen sea de derecho privado, y la excepción, un régimen público? En este caso la respuesta es positiva

solo si se considera que las empresas sociales del Estado son empresas industriales y comerciales del Estado. La razón que fundamenta esto, es que solo en este tipo de empresa sucede lo contrario a las entidades públicas en torno a la clasificación laboral de sus empleados. Lo que ocurre es que quienes trabajan en las empresas industriales y comerciales del Estado, son por norma general, trabajadores oficiales. Excepcionalmente, los estatutos precisarán qué actividades de dirección o confianza deberán ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos (artículo 5° inc. 2° del Decreto 3135 de 1968).

Ahora bien, ¿por qué es posible considerar que las empresas sociales del Estado sean empresas industriales y comerciales del Estado? La respuesta está en su definición.

El artículo 85 de la Ley 489 de 1998, las define de esta forma:

Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa y financiera;
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

Jairo Villegas Arbeláez (2005), sostiene que la empresa industrial y comercial del Estado “es una empresa o expresión del Estado empresario, en actividades semejantes a las de los empresarios privados o susceptible de ser fundada o manejada por los empresarios particulares en la misma forma que por el Estado, y por ello se regula por el derecho de los particulares, o sea el derecho privado o contractual” (p.112).

Con todo y lo anterior, se encuentra en que el Estado no solo se expresa como orden administrativo (derecho administrativo-empleados públicos), o como orden político o Gobierno (política-funcionarios), sino también como orden económico, interventor o empresario. Según Villegas et al. (2005), en este último aparece el Estado caracterizado por desarrollar actividades económicas que también pueden ejecutar los particulares. Por tanto, las instituciones son idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por el Estado y en la misma forma (derecho contractual-trabajadores particulares) (p.36). Dicho de otro modo, debe distinguirse al Estado como estructura creadora de las relaciones jurídicas, del Estado partícipe en esas relaciones generadas por él mismo.

De manera que, ante el interrogante, ¿son las empresas sociales del Estado verdaderas entidades públicas o, al contrario, son empresas industriales y comerciales del Estado? La respuesta en primer término es que en obediencia a la normatividad colombiana, las empresas sociales del Estado son entidades públicas. Por ende, el médico en Servicio Social Obligatorio sería un empleado público. Pero hallamos también, que las empresas sociales del Estado son empresas semejantes a la de los particulares o competencia de las particulares, y orgánicamente no corresponden al ejercicio principal de funciones administrativas. Al mismo tiempo, las empresas industriales y comerciales también corresponden a empresas que realizan actividades semejantes a la de los empresarios privados, o son susceptibles de ser fundadas o manejadas

por los empresarios particulares en la misma forma que por el Estado. En consecuencia, deberían dejar de ser catalogadas como entidades públicas, y empezar a ser empresas industriales y comerciales del Estado, y así el médico rural sería un trabajador oficial que se registraría por derecho privado.

Finalmente, la trascendencia del problema está en que si se cambia la naturaleza jurídica de las empresas sociales del Estado, el régimen jurídico cambia del derecho público al derecho privado o contractual, lo cual determinaría los derechos que el médico en SSO adquiriría como trabajador oficial mediante el contrato individual y la convención colectiva, los referentes a la estabilidad, salarios, prestaciones sociales, y demás que se generen. En cambio, si se asume al médico como empleado público, contaría únicamente con los derechos salariales y prestacionales previstos en la ley. Al llegar a este punto, es necesario describir cada uno de los cargos o puestos de trabajo en los que se vinculan actualmente, y a la vez expresar las razones para sustentar la figura del contrato de trabajo que nos ofrece el derecho laboral.

5.1. Vínculo legal y reglamentario: empleados públicos

El anteriormente mencionado artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010, en la primera parte de la norma indica que una forma de vinculación será la que se haga a través de nombramiento. No solo se fundamenta la anterior afirmación en la mencionada Resolución, sino también en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que señala que “en la estructura administrativa de la Nación de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y

prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera (...).”

Villegas et al. (2005), define a la vinculación a través de nombramiento, como un vínculo legal y reglamentario que se predica de los funcionarios y empleados públicos, y se explica en la unilateralidad típica del derecho administrativo, por el sometimiento a la ley y al reglamento como normas preexistentes en las condiciones de trabajo (p.184). Es claro que tanto en los funcionarios como empleados públicos esté presente la relación con las funciones detalladas en la ley o el reglamento, en cumplimiento de funciones administrativas y en referencia a lo señalado por el artículo 122 de la C.N.

Un empleo proveniente de un vínculo legal y reglamentario, puede ser de libre nombramiento y remoción, o de carrera administrativa. Nuestra jurisprudencia, ha establecido criterios para clasificar la categoría a la que pertenece el empleado público. Al respecto, se señala que la regla general es que sean de carrera administrativa, y los otros, esto es, los de libre nombramiento y remoción, son los pertenecientes a niveles directivos y excepcionalmente a otros puestos que impliquen un grado considerable de confianza (Corte Constitucional Sentencia C-195 de 1994).

Cabe aclarar, los motivos por los cuales en el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010 se indica directamente que el empleo será otorgado a través de nombramiento (haciendo referencia a la de libre nombramiento y remoción), dejando por fuera la posibilidad de que sea por medio de carrera administrativa, son varios. Primero, es que el empleo de libre nombramiento y remoción, está sujeto a la discrecionalidad, facilitando su otorgamiento, y en tal virtud, también podría ser declarado insubsistente en la misma forma; mientras que el empleo perteneciente a

la carrera administrativa, está excluido de la discrecionalidad y por lo tanto, se encuentra regulado por el estatuto de carrera. Segundo, en palabras de la Corte Constitucional:

Los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la Ley (art. 125 de la C.N), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometido a su permanente vigilancia y evaluación. (Corte Constitucional Sentencia C-479 de 1992).

Como se ve, el médico en SSO como empleado de libre nombramiento puede ser investido por nombramiento ordinario, en razón de tratarse de empleo excluido de la carrera y por tanto, de manejo político, flexible, de conveniencia discrecional (artículo 23 de la Ley 909 de 2004); además acompañado del nombramiento ordinario, existe una figura o solemnidad esencial que se debe cumplir por mandato constitucional, la cual es el acto de posesión del cargo. Este consiste en que el servidor público deberá prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben (artículo 122 C.N). Según los artículos 44 y 46 del Decreto 1950 de 1973, el orden es el siguiente: el nombramiento se comunica por escrito, con indicación del término para la aceptación, que no podrá exceder de diez días, y la posesión deberá efectuarse dentro del término de los diez días siguientes, salvo prórroga escrita, por causa justificada.

Otros rasgos de ese tipo de vínculo laboral que, Villegas et al. (2005), expresa como elementos característicos de una relación estatutaria, de la siguiente manera:

- El acto de vinculación contiene el poder soberano del Estado.
- El desempeño de una función pública.
- La relación jurídica es de derecho público, de derecho administrativo, de interés público.
- La relación es de servicio, determinada exclusivamente por la voluntad del Estado, unilateral.
- El funcionario le debe abnegación, fidelidad y sacrificio al Estado, sentimientos derivados de la satisfacción en el cumplimiento del deber (p.63).

En la misma línea, André De Laubadère (1984), ilustra que con base en los anteriores elementos es como se explica:

Bajo esos presupuestos políticos totalitarios y expresiones jurídicas, la teoría estatutaria, como criterio político, orgánico, funcional, y administrativo, y el acto condición como el medio de vinculación a la situación legal y reglamentaria, creada por la manifestación unilateral de voluntad soberana del Estado y fuente de un status predicable de todos los funcionarios (pp. 245 a 247).

Lo dicho hasta aquí supone que, la primera forma en que los médicos en SSO están vinculados en las empresas sociales del Estado, es por medio de un vínculo legal y reglamentario, mediante el libre nombramiento y remoción, y por ende, al ser catalogados como empleados públicos, el régimen que les es aplicable es el de derecho administrativo, en donde encontramos al posesionado en el cargo bajo la subordinación del Estado, derivado de la ejecución de ese mismo poder estatal, en busca de mantener como orden el orden en su papel de administrador.

Al lado de ello, el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, sostiene respecto al empleado público, que “las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos”.

Así mismo, el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 agrega una definición precisa, y a la vez, demuestra la importancia que tiene el empleo público en el sistema jurídico colombiano. Se asume, gracias a esta norma, como el conjunto de deberes, responsabilidades, funciones y competencias señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento, atendidas por una persona natural, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades permanentes de la Administración, el cumplimiento de los planes de desarrollo y la consecución de los fines del Estado.

Aparentemente, el fundamento para atribuir al derecho administrativo el campo de aplicación de los supuestos laborales, parte de una relación de servicio en el ejercicio de la función pública (no de trabajo); lo que significa que, se verifica el cumplimiento de los fines supremos del Estado y por ello, la normatividad reguladora es el derecho administrativo.

En cuanto a la noción de derecho administrativo, Leal et al. (2018), sugiere que es la “parte del derecho público que regula la función administrativa. El derecho propio de la administración pública, que comprende todo un conjunto de normas y principios que rigen el accionar de la administración tanto en su actuación nacional como territorial” (p. 137).

De lo anteriormente expuesto, es claro que no se debe afirmar como conjunto de normas aplicables a nuestro caso concreto las del derecho del trabajo; pues por decir así, el derecho del trabajo es predicable solamente de las relaciones de trabajo entre particulares, entre iguales. Adviértase que, a pesar de todo, no se apoya la idea de que el derecho administrativo laboral, como subgénero de derecho público, sea quien regule la vinculación de los médicos en SSO.

Lo cual significa que no se considera viable que de la relación de trabajo entre la Empresa Social del Estado y los egresados, se desarrolle una relación legal y reglamentaria, y no un contrato de trabajo. Esa es la causa del por qué en parte el objetivo general de este estudio sea precisamente mostrar por qué el contrato de trabajo debería ser el único tipo de contrato utilizado; esto es, por las ventajas que representa para el médico en SSO.

Hay que mencionar lo dicho por Kelsen (1934), sobre la ventaja del derecho privado al contar con la presencia de un acuerdo de voluntades de sujetos de igual orden, jurídicamente equivalentes; a diferencia del escenario del derecho público, donde no está presente el acuerdo ni la igualdad de condiciones, por el contrario, en este se encuentra una relación entre un sujeto supraordenado y otro subordinado, y por tanto, uno tiene más valor jurídico que el otro. Además, implica la capacidad de obligar a los súbditos por una declaración unilateral de voluntad (pp. 148 y 149). En este caso se observa el privilegio del Estado sobre los particulares, es decir, una relación entre desiguales: la imposición unilateral de la figura trabajador-servidor.

Otro aspecto negativo del vínculo legal y reglamentario, se deriva de la negación de la bilateralidad, la concurrencia de voluntades, la voluntad del trabajador. Al principio de este capítulo se ilustró que el nombramiento como manifestación de la voluntad de la administración no es suficiente, pues no configura relación en sí misma, ya que necesita su complemento: la aceptación-posesión del empleado. Pero, en realidad no se trata de una configuración del elemento de la bilateralidad propia de las relaciones entre particulares. En este caso, no tiene relevancia lo que el médico vaya a aportar o exigir en la relación jurídica, pues solo es una adhesión a lo ya determinado o impuesto legal y reglamentariamente.

Ante todo, debe recordarse lo que autores como Villegas et al. (2005), han denominado una teoría como estatutaria, para formar a partir de unos presupuestos políticos y expresiones jurídicas, los elementos que juntos, más adelante manifestarán la definición de derecho administrativo laboral. Aquí vale la pena volver a mencionar los elementos que el autor ha considerado como característicos del vínculo legal y reglamentario, los cuales son: 1) el acto de vinculación contiene el poder soberano del Estado; 2) el desempeño de una función pública; 3) la relación jurídica es de derecho público, de derecho administrativo, de interés público; 4) la relación es de servicio, determinada exclusivamente por la voluntad del Estado, unilateral; y 5) el funcionario le debe abnegación, fidelidad y sacrificio al Estado, sentimientos derivados de la satisfacción en el cumplimiento del deber (p. 63).

Para terminar, lo que se quiere mostrar hasta este punto es que el vínculo legal y reglamentario tiene problemas, problemas que tienen su raíz en la unilateralidad. Adviértase que, el autor está en desacuerdo con los efectos que surgen del Acto Condición como el medio de vinculación a la situación legal y reglamentaria. Por esa razón, propone en otras palabras que la definición del derecho administrativo laboral sea similar a la del derecho laboral; y no solo eso, también incluyendo en la similitud los principios aplicados a toda relación laboral del artículo 53 de la Carta, sin necesidad de tener una exclusividad tan alta como para tener sus propias directrices.

No solo es un problema que se queda en la clasificación. Las consecuencias de aplicar un régimen privado o público, varían dependiendo del ámbito en que nos encontremos. Por ejemplo, aunque ya se haya mencionado a nivel general lo que caracteriza y diferencia a un contrato de trabajo de un vínculo legal y reglamentario (bilateralidad, concurrencia de voluntades, voluntad del trabajador), también es relevante considerar algunos derechos

(régimen salarial y prestacional y jornada laboral) que en la legislación laboral se establecen a partir del surgimiento de la relación entre el médico rural y la entidad pública. Más adelante, al exponer la figura del contrato de trabajo, se describirán aquellos derechos que surgirían si se encontrara bajo esta última figura.

5.1.1 Régimen salarial y prestacional en los empleos de libre nombramiento

La Ley 50 de 1981, contempla en el artículo 6°, que “las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio”.

Lo mismo expresa el Decreto 2396 de 1981, en el artículo 6°, pues señala que “las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio, quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen”. Añádase lo estipulado en el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010, en cuanto a la garantía que deben tener los profesionales a una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por profesionales similares en la misma institución.

Así también lo considera el Ministerio de Salud, que reafirmó mediante Concepto No. 2482 de mayo 16 de 2002, que dichos profesionales gozarán de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc; y además, están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las entidades donde prestan sus servicios.

Con base en lo anteriormente señalado, la remuneración del personal que preste el Servicio Social Obligatorio no podrá ser inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cual presten sus servicios. Precisase, que el concepto de planta de personal es el de planta de empleos (no de empleados), tal como lo regla la Constitución y la Ley. En la Carta Política, observamos: “no habrá empleo público (...) que no estén contemplados en la respectiva planta (...)” (artículo 122), y “crear, fusionar o suprimir (...) los empleos que demande la administración (...)” (artículo 189 num. 14, 305, num. 7° y 315, num. 7°). En la Ley, se menciona concretamente el término como: “planta de empleos” (artículo 17 de la Ley 909 de 2004). Ahora bien, ¿qué es un empleo público? La respuesta está en el artículo 2° del Decreto 1042 de 1978, indicando que debe entenderse como la actividad ejercida por una persona natural, bajo la subordinación de una autoridad competente, en aras del cumplimiento del conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley y los Reglamentos.

Régimen Salarial.

En el caso concreto de los médicos, el Ministerio de Salud atendiendo a lo dispuesto por la Ley 50 de 1981, profirió el Decreto 1335 de 23 de junio de 1990, por medio del cual estableció el Manual de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, estableciendo en su artículo 3° las actividades realizadas tanto por los médicos generales como por los médicos en Servicio Social Obligatorio, guardando similitud entre ellas. De igual manera consagró, como requisito único para ocupar los dos cargos mencionados obtener título de formación académica en medicina.

Al mismo tiempo, en la Resolución 0795 de 1995, se dispuso que el médico del Servicio Social Obligatorio tuviera equivalencia salarial con relación al médico general. En

consecuencia, encontramos que la normatividad es clara en señalar, por ejemplo, si en una empresa social del Estado, un médico general de planta recibe un salario por el valor de \$2'000.000; por ende, un médico general rural, debe recibir igualmente \$2'000.000.

Régimen Prestacional.

Según la Constitución Política, en su artículo 150 numeral 19, literales e) y f), le corresponde al Gobierno Nacional la competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos. A raíz de eso, expidió el Decreto 1919 de 2002, por el cual estableció el régimen prestacional de los funcionarios públicos del nivel territorial, indicando que será el mismo al que tienen derecho los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional.

Por su parte, el Decreto 1045 de 1978, fija las reglas generales en relación con las prestaciones sociales de los empleados públicos del sector nacional, e ilustra que para efectos de liquidación de las prestaciones sociales no podrán incluirse factores salariales diferentes a los expresamente allí señalados.

A continuación, para la prima de navidad, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo un año civil, tendrá derecho a la prima de navidad, en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte para cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere viable (artículo 33). Son factores salariales para su liquidación los expresamente señalados en el artículo 33.

Para las cesantías, el artículo 40 del mismo Decreto, destaca que los empleados públicos tienen derecho al reconocimiento del auxilio de cesantía: prestación salarial que consiste en otorgar un auxilio monetario equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio continuo,

y proporcionalmente por fracciones de año. Además debe recordarse que para la liquidación de este, no podrán incluirse factores salariales diferentes a los expresamente señalados por el artículo 45 del ya citado Decreto.

Así mismo, respecto a la prima de servicios, el artículo 60 del Decreto 1042 de 1978, les reconoce a los servidores públicos el derecho al pago de prima de servicios. Corresponde a quince (15) días de salario. Este último se entiende integrado por los siguientes factores: asignación básica mensual, incrementos por antigüedad, gastos de representación, auxilios de alimentación y de transporte y bonificación por servicios prestados.

La bonificación por servicios prestados, está descrita en los artículos 45 al 48 del anterior Decreto. También se encuentran regulados en los Decretos 2351 de 2014 y 2418 de 2015. Rige a partir de la vigencia del primer Decreto, que comenzó en junio 1° de ese año, para quienes tenían la condición de empleados o para quienes se posesionaron con posterioridad. Se causa por el paso de un (1) año de servicio continuo.

Respecto a la bonificación de recreación, el Decreto 451 de 1984, expresa que los empleados que adquieran el derecho a las vacaciones e inicien el disfrute de las misma dentro del año civil de su causación, equivalente a dos días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarse (Artículo 3°).

Finalmente, la Ley 50 de 1990, en primer lugar, en su numeral 2° del artículo 99, establece que el empleador deberá cancelar al trabajador los intereses legales del 12 % anual, o proporcionales por fracción, respecto a la suma causada en el año o en la fracción que definitivamente se liquide. En segundo lugar, el numeral 4° de la misma norma, indica que si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador, que no

hayan sido entregados al fondo empleador, se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5.1.2 Jornada laboral.

Jornada diaria y semanal

Las asignaciones o remuneraciones fijadas por el Gobierno corresponden, por regla general, a empleos de tiempo completo. Entendiéndose por tal la jornada de trabajo de 44 horas semanales (Decreto 1042 de 1978, artículo 33).

Por vía excepcional, se presentan dos situaciones: la primera de ellas es la que trae la Ley 909 de 2004, pues creó los “empleos de medio tiempo o tiempo parcial” (artículo 22); y la segunda es la contemplada en la Ley 269 de 1996, que expone:

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce (12) horas diarias sin que en la semana exceda de 66 horas, cualquiera sea la modalidad de su vinculación (artículo 2°).

Trabajo extra y suplementario

Sobre trabajo extra o suplementario existen las regulaciones contempladas en los artículos 33, 36, 37 y 38 del Decreto 1042 de 1978. A partir de los cuales se concluye:

- El trabajo suplementario debe ser previamente autorizado.
- No se causa para el personal médico perteneciente al nivel profesional.
- Opcionalmente, la administración puede autorizar bien el pago de horas extras o descanso compensatorio proporcional, a razón de un (1) día por cada ocho (8) horas extras.
- El pago tiene un tope máximo permitido de 50 horas mensuales y el resto, de existir, obligatoriamente debe autorizar el descanso compensatorio.
- El trabajo extra se debe reconocer mediante Resolución.
- En caso de pago en dinero, el trabajo extra diurno tiene un recargo o sobre remuneración del 25 % y el nocturno del 75%.

Trabajo nocturno

Según los artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978, el trabajo nocturno, es el que se entiende por el comprendido entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. Se sobre remunera un 35% sobre el valor de la asignación básica, y abarca tanto la jornada simple o exclusivamente nocturna como la jornada mixta en la que se combina el trabajo diurno y nocturno.

Sin embargo, no sucede igual con el trabajo que por distribución o compensación de la jornada de 44 horas semanales, y para no trabajar el sábado, excede de 8 horas diarias y se realiza en horas nocturnas.

Trabajo en días de descanso y festivos

Inicialmente, a los médicos rurales por ser profesionales, no se les causa el pago del trabajo en dominicales y festivos laborados de manera ocasional; pero si tendrán derecho al pago de

dominicales y festivos laborados de manera habitual y permanente (artículos 39 y 40 del Decreto 1042 de 1978). Distingamos entonces, esos dos últimos conceptos con la ayuda de la Corte Suprema de Justicia: “habitual es lo que se hace con continuación, las más de las veces, en forma repetida, frecuente, usual, en oposición a lo que ocurre excepcionalmente, algunas veces, en forma accidental que no implica hábito (...) “(Corte Suprema de Justicia, Radicado 6622, Sentencia del 13 de noviembre de 1979).

A partir de la lectura íntegra de las últimas normas señaladas, se concluye que el trabajo en días de descanso y festivos, habitual y permanente, procede para los médicos en SSO, y para su retribución, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada día de descanso o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

Disponibilidad

Aunque no les es permitido a los médicos en SSO por la ley el pago de horas extras por el trabajo ejercido como profesional, y únicamente se les reconoce el trabajo realizado dominicalmente y festivos (laborados de manera habitual o permanente); otro punto y un punto muy aparte es la disponibilidad.

La disponibilidad conlleva a una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo de su tiempo, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención del servicio demandado. Ciertamente es que, la sola “disponibilidad” depositada en el acta de nombramiento no puede significar la libre disposición del tiempo del ejecutante del servicio, ni

mucho menos a que esta quede compensada dentro del salario mensual, porque no corresponde a la jornada ordinaria laboral.

Muchas veces la vaguedad de las actas de nombramiento, los pueden poner en una situación de desventaja frente a sus empleadores, ya que, al no establecerse un límite de horas semanales, se está dejando “en sus manos” su tiempo, y con ello su derecho fundamental al trabajo, en modalidad digna y justa. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1042 de 1978, donde se expresa claramente que la jornada semanal de trabajo máxima es de 44 horas, y atendiendo a la naturaleza del servicio público de salud, la necesidad de la continuidad en el mismo, y su calidad de empleado público, es posible adecuar la jornada laboral para que se cumpla de manera ininterrumpida en jornadas diarias de doce (12) horas y semanales de 66 horas.

Sucede que es fácil que no se logre distinguir entre las “disponibilidades” cumplidas en el lugar de trabajo, y las cumplidas por fuera de él. De manera que, deberían ser pagadas en ambos casos, y en conjunto, se realicen controles debidamente consignados por escrito (debidamente firmados por el empleado).

Acerca del tema de la disponibilidad, la Corte suprema de Justicia, advirtió:

A juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estas a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados

por el empleado (Corte Suprema de Justicia, Sentencia Radicado 4867 del 05 de abril de 2017).

Por último, si bien la disponibilidad del personal médico se da por razón y posibilidad de prestar el servicio, en ejercicio de la subordinación jurídica, es decir, que como médico rural de una empresa social del Estado, pueda ser llamado a prestar directamente una labor dentro de un marco temporal específico; esto no quiere decir que con esta figura se permita contrariar la Constitución Política y la ley. Debido a que, según el artículo 53 de la misma Carta, se establecen como principios mínimos fundamentales el derecho a una remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales. Frente a esto último, significa que prima la realidad sobre lo que en el acta de nombramiento se haya establecido para efectos de la relación laboral.

5.2 Vínculo laboral mediante contrato de trabajo

El artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010, establece que el Servicio Social Obligatorio “se hará a través de nombramiento o contrato de trabajo”. Encontramos como partes del contrato de trabajo al médico en SSO como empleado, y al Estado como empleador.

Las definiciones sobre el contrato de trabajo que podemos encontrar en la doctrina son muchas. Principalmente, se destaca el elemento subordinación, como posiblemente el eje que lo hace distinto del contrato civil o comercial. Para entender el concepto, se ilustra la definición que nuestra legislación nos trae en el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario (artículo 22).

Elementos

Es así como, la modalidad laboral en el Servicio Social Obligatorio se predica cuando concurren objetivamente los cuatro elementos esenciales descritos: 1) la actividad personal de la prestación del servicio de salud, es decir, realizada por sí mismo; 2) subordinada, que nos lleva a pensar en una continua dependencia respecto del empleador facultado para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes; 3) remunerada, esto es, que haya una retribución o salario igual a los de los médicos generales de planta por prestar el servicio, y por último, como un elemento que en este estudio se ha incorporado, 4) que la modalidad escogida para contratar al médico rural sea acorde al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que será explicado más adelante.

Respecto a la prestación personal del servicio, según el Tratado de Versalles (1919), el trabajo no constituye una mercancía. Se le dignifica, en los tiempos actuales, reconociendo en él una comunidad de esfuerzos tendientes a la producción. No se contrata sobre el valor muscular, ni sobre la producción de fuerzas o energías; se pacta acerca de la colaboración y la inteligencia en la producción, que precisa de una y otra para desenvolverse. El trabajo es la actividad del hombre desde el punto de vista físico, intelectual y moral (artículos 387 al 399).

En concreto, la definición de prestación del servicio de salud para el médico en SSO, se logra presentar gracias al artículo 33 de la Ley 1164 de 2007. Señalando que es un servicio que debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades como las empresas sociales del Estado. También es importante lo que ilustra el artículo 15 de la Ley Estatutaria en salud, al enunciar que las prestaciones de salud deberán ser garantizadas a través del derecho fundamental a la salud, en un concepto de integralidad: que incluya la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

De otro lado, en lo referente a la subordinación, Guillermo Guerrero Figueroa (1996), ilustra el concepto de continuada subordinación o dependencia, así:

Desde el punto de vista jurídico-laboral, trabajo es el desarrollo de energías que un hombre emplea en beneficio de otra persona que impone sus órdenes e instrucciones, o sea, el realizado bajo dependencia o subordinación. Esta consiste en la facultad que tiene el beneficiario de la labor o empleador de dirigir, en cualquier momento, tiempo o cantidad de trabajo a quien lo presta y mientras dure la relación laboral, aunque esa subordinación no se haga ostensible (...). La dependencia o subordinación a que nos referimos es aquella que admite que el patrono haga uso del poder de dirección, disciplina, autoridad y reglamentación cuando sea necesaria durante la relación de trabajo (pp. 54 y 55).

Por último, para el elemento de la remuneración, asociemos a este lo descrito por Leal et al. (2018), el cual señala que se trata de un pago realizado por la unidad económica, para retribuir

el trabajo del personal que depende administrativamente de la misma. Estos se constituyen por: sueldos o salarios, prestaciones sociales, utilidades e indemnizaciones (p. 347).

Partes

El Estado como patrono.

El Estado es el empleador de los médicos en SSO, independientemente de la modalidad del contrato, ya que ejerce su deber constitucional contemplado en el artículo 49 de la Constitución, al velar porque efectivamente se preste el servicio de salud a todos los colombianos. Lo que lo hace diferente en su posición de empleado, es la calidad que efectivamente posean sus empleados. Los médicos en SSO, que sean vinculados por medio de contrato de trabajo, y que el Estado sea su empleador, serán, o bien trabajadores oficiales, o trabajadores particulares. Mientras que, como se analizó anteriormente, si son vinculados por medio de nombramiento, tendrán la calidad de empleados públicos. Estos términos son importantes porque, son los que posteriormente le darán al médico un conocimiento previo sobre sus derechos y obligaciones, que varían según el tipo de vinculación. Añádase a esto temas de alta importancia como la diferencia enorme entre la responsabilidad disciplinaria del servidor público frente a la responsabilidad de un simple particular.

El médico en SSO como empleado.

Como vimos, para la legislación colombiana, todo el que ejecuta una actividad personal por cuenta ajena y bajo la subordinación continuada del empleador, se denomina empleado. El médico en SSO no es la excepción. Hace parte del grupo especial de trabajadores que se

caracterizan por realizar labores que exigen una alta y especializada competencia, debido a que se ha graduado con título universitario. A continuación, y en lo que al estudio corresponde, debemos diferenciar la categoría de trabajador oficial de la de simple trabajador particular en el contrato de trabajo, pues es necesario recalcar que aunque ambos se encuentren regidos por el derecho privado, poseen diferencias.

5.2.1 Trabajadores oficiales.

El artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 formula que quienes desempeñan empleos de carácter permanente auxiliar u operativo, o laboran en actividades de construcción o sostenimiento de obras públicas, o quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, según la ley, son trabajadores oficiales. Por ello, se rigen por el derecho de los particulares, o sea el derecho privado. La norma excluye a quienes desempeñen cargos que impliquen actividades de dirección o confianza, pues en ese caso el empleado es de derecho público.

Por lo tanto, los médicos en SSO podrían ser denominados trabajadores oficiales, solo si:

- En la prestación del servicio de salud, desempeñan empleos de forma permanente como auxiliares u operativos. Lo que en la realidad, es muy difícil que suceda, porque en la prestación del servicio de salud, ellos laboran de forma principal –debido a su título obtenido como profesionales- atendiendo a los pacientes, y/o,
- Cuando la entidad de salud para la cual laboran es categorizada como una empresa industrial y comercial del Estado. Lo ideal sería que no fuera ocasional, sino permanentemente.

Es decir, que siempre, para el caso de las empresas sociales del Estado, su naturaleza jurídica sea la de una empresa industrial y comercial del Estado, más no una entidad pública como al principio se demostró que así lo señala la legislación colombiana, y/o,

- No desempeñen cargos que impliquen actividades de dirección o confianza, ya que será regido bajo la regulación para trabajadores del derecho público.

Continuando con el propósito de este aparte del trabajo, hay algo más que añadir. Anteriormente el artículo 5° del Decreto-Ley 3135 de 1968 le otorgaba a la junta o consejo directivo de los establecimientos públicos el poder para que pudieran en sus estatutos internos precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, pero la Corte Constitucional declaró inexecutable esa parte de la norma mediante la Sentencia C-484 de 1995.

5.2.2 Trabajadores particulares

Bajo el contexto planteado, por un simple criterio de exclusión, nos queda destacar que serán trabajadores particulares aquellos quienes, siendo vinculados por medio de contrato de trabajo, no tienen los elementos o calidades para ser considerados trabajadores oficiales.

Lo dicho hasta aquí supone, en conclusión, que los servidores públicos pueden ser empleados públicos o trabajadores oficiales. Pero su diferencia radica en que los primeros se rigen por las normas del derecho administrativo laboral: derecho público, y los segundos, se rigen por las normas del derecho laboral: derecho privado.

El rol del médico en SSO como trabajador particular, debería ser más estudiado. Un ejemplo de ello, es la manera en cómo son judicializados en la jurisdicción laboral, y en todas las áreas

del derecho, respecto al cuestionamiento que podemos resumir en el siguiente interrogante: ¿cómo cambia el grado de responsabilidad, si un médico en SSO es responsable de alguna conducta, desde la calidad de servidor público frente a la calidad de trabajador particular? La respuesta a este interrogante de manera completa, necesitaría un estudio aparte. No obstante, para comprender la dimensión de lo que se quiere suscitar después de los análisis hechos hasta ahora en esta investigación, vamos a aproximarnos a lo dicho por la Corte Constitucional.

El principio según el cual a los particulares se les confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la Constitución y la ley. Está recogido en el texto constitucional en su Artículo 6° que prescribe:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”

Lo anterior equivale a dar sentado que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido por la Constitución y la Ley, los funcionarios del Estado tan solo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas (Corte Constitucional Sentencia T-1174 de 2008).

5.2.3 Régimen salarial y prestacional en los contratos de trabajo individuales

Para comenzar, es importante traer a estudio nuevamente lo dicho por el Ministerio de Salud mediante Concepto No. 2482 de mayo 16 de 2002, pues hace referencia a que los médicos rurales como profesionales gozarán de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a

honorarios, compensatorios, etc. Además, están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las entidades donde prestan sus servicios. Añádase lo estipulado en el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010, en cuanto a la garantía que deben tener los profesionales a una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados profesionales similares en la misma institución.

Régimen salarial.

Por lo que se refiere al salario, independientemente de la naturaleza del vínculo, el médico en SSO tiene derecho al mismo salario que un médico general de planta. Para efectos ilustrativos se cita, en primer lugar, la Resolución 0795 de 1995, que dispuso que el médico del Servicio Social Obligatorio tuviera equivalencia salarial con relación al médico general. En segundo lugar, la lectura del artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, que al texto establece:

ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. <Artículo modificado por el artículo [7](#) de la Ley 1496 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:>

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo [127](#).

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

La igualdad, como respuesta a la aspiración del inconsciente colectivo, tiene además consagraciones constitucionales (artículo 13 de la Constitución Política) y sustantivas (artículos 10 y 143 del CST), orientadas hacia la consecución del equilibrio socio-económico enunciado en el artículo primero del ordenamiento laboral vigente. Como se ve, para que obre el principio de igual trabajo - igual salario, es fundamental llenar los siguientes requisitos: 1) el puesto debe ser igual; 2) jornada igual; y 3) eficiencia en el trabajo también igual.

Por último, cabe anotar que el rango constitucional del derecho a la igualdad salarial ha sido objeto de amplio análisis por parte de la Corte Constitucional para tutelar los derechos a una remuneración no discriminatoria. Con reiteración ha indicado:

Esta igualdad implica que el trabajador, en lo relativo a su retribución, depende de sus habilidades y de la labor que desempeña, y no de las condiciones o circunstancias de su patrono. Esto es el fundamento de una de las máximas del derecho laboral: a trabajo igual, salario igual (Corte Constitucional Sentencia T-387 de 2006).

Régimen prestacional.

El Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 50 de 1990, principalmente, son quienes fijan las reglas generales que nos servirán de guía, en relación con las prestaciones sociales de los

médicos rurales por medio de contrato de trabajo. De tal manera que, después de haber hecho un análisis respecto a la duración del Servicio Social Obligatorio de mínimo seis (6) y máximo doce (12) meses, las prestaciones sociales serían las mismas que las otorgadas por medio de un vínculo legal y reglamentario, y que la diferencia radica en su determinación normativa, entre otros alcances.

Para cesantías, el artículo 249 del CST, destaca que todos los empleados tienen derecho al reconocimiento del auxilio de cesantía; prestación salarial que consiste en otorgar un auxilio monetario equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio continuo, y proporcionalmente por fracciones de año. Al lado de ello, la Ley 50 de 1990, en primer lugar, en su numeral 2° del artículo 99, establece que el empleador deberá cancelar al trabajador los intereses legales del 12 % anual, o proporcionales por fracción, respecto a la suma causada en el año o en la fracción que definitivamente se liquide. Y, en segundo lugar, el numeral 4° de la misma norma, indica que si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador, que no hayan sido entregados al fondo empleador, se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

Respecto al tema de las bonificaciones, es pertinente hacer alusión al concepto dado por Guerrero et al. (1996), quien revela que se tratan de derechos, beneficios y prestaciones extralegales creadas por el empleador, por lo que pueden ser revocadas unilateralmente, siempre que no se haya constituido en una distinta fuente formal del derecho. Si el trabajador reúne los requisitos y condiciones establecidos, no pueden ser desconocidos por el empleador, sin que se vulneren los principios y normas tutelares del derecho del trabajo. Es lo que se denomina un derecho adquirido (pp 263 y 264).

5.2.4 Jornada laboral.

Jornada diaria y semanal

Las partes del contrato de trabajo tienen plena libertad para acordar las horas que integran la jornada ordinaria. Pero, aunque la ley autoriza a las contratantes libres estipulaciones en las horas, la cantidad estipulada no puede, en ninguna forma, ser superior a la máxima legal. La máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo de doce (12) horas diarias y 66 horas a la semana (artículo 2° de la Ley 269 de 1996). El empleador no podrá, aún con el consentimiento del trabajador, contratarlo para la ejecución de dos (2) turnos en el mismo día, salvo en labores de supervisión, dirección, confianza y manejo (artículo 2° literal c de la Ley 50 de 1990).

Trabajo extra y suplementario

El pago del trabajo suplementario o de horas extras en días de descanso obligatorio, es una retribución de servicio a quien presta en forma excepcional su fuerza de trabajo. Esta remuneración se desprende de los artículos 168 y 174 del CST. Según el artículo 159, el trabajo suplementario o de horas extras es el que se excede de la jornada ordinaria, con excepciones como las de los prestadores del servicio de salud, y en todo caso el que excede la máxima legal.

El artículo 168 del CST, modificado por el Artículo 24 de la Ley 50 de 1990, señala que el trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno. El artículo 160 señala que el trabajo diurno es el comprendido entre las 6:00 am y las 6:00 pm. Por su parte, el trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

Trabajo nocturno

El artículo 160 establece que el trabajo nocturno es el comprendido entre las 6:00 pm y 6:00 am. Es el Artículo 168 del CST, el que ilustra que el trabajo nocturno por el solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de la Ley.

Trabajo en días de descanso y festivos

Distinto es el caso para cuando laboren en día de descanso obligatorio, pues el artículo 172 del CST, modificado por el artículo 25 de la Ley 50 de 1990, destaca que el empleador está obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores. Además este descanso tiene duración mínima de veinticuatro (24) horas.

En cuanto a su remuneración, el artículo 173 del CST, modificado por el artículo 26 de la Ley 50 de 1990, indica que:

El empleador debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o por disposición del empleador (...)

Sin embargo, cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborales de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado.

5. 3 Vínculo contractual de prestación de servicios

Como observamos al inicio, los médicos rurales en Colombia están siendo vinculados en algunas ocasiones por medio de contratos de prestación de servicios. La postura que aquí se asume es que esto no debería seguir ocurriendo, pues son verdaderas relaciones permanentes de subordinación que merecen ser tratadas como contratos de trabajo y no bajo la simulación de contratos de prestación de servicios, debido a que se desnaturaliza el compromiso de las entidades públicas o privadas, de proteger el derecho al trabajo de los médicos, entre otros deberes.

Sector público.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que las empresas sociales del Estado contraten prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, con el cumplimiento de ciertos requisitos, la Corte Constitucional se pronunció, de esta forma:

Nada obsta para que en el caso de las empresas sociales del Estado dentro del marco de las normas contractuales se puedan llegar a contratar los servicios de un revisor fiscal que no haga parte de la planta de personal de la entidad, y que dada la naturaleza de la función que cumple el revisor fiscal y la independencia que debe garantizársele para el efecto, precisamente resulta razonable que este no haga parte de dicha planta (Corte Constitucional Sentencia C-559 de 2004).

Al lado de ello, la jurisprudencia constitucional, se ha referido reiteradamente en Sentencias como la C-665 de 2000, C-957 de 2007, C-181 de 2010 y C-777 de 2010, entre otras, sobre la excepcional permisión que otorga el derecho colombiano respecto a la posibilidad de que se contraten prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad.

Esto permite concluir que:

La especial protección que merece la vinculación laboral con las entidades del Estado y la protección de los derechos laborales de los servidores públicos, de conformidad con los artículos 25, 53, 123 y 125 superiores, y por tanto, deben existir límites a la contratación de servicios por parte de las entidades estatales, con el fin de evitar el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales y poner talanqueras a los procesos de deslaborización en estas entidades (Corte Constitucional Sentencia C-619 de 2009).

Las empresas sociales del Estado no pueden suscribir contratos de prestación de servicios para atender sus funciones de carácter permanente, de conformidad con los siguientes aspectos jurídicos:

Primero, existe una prohibición legal para ello, la cual está descrita en el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, que formula que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

Adicionalmente, el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 indica que las empresas sociales del Estado podrán desarrollar funciones mediante contratación con terceros, empresas sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

Sin embargo, la Corte Constitucional señaló:

Declarar exequible el Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el entendido de que la potestad de contratación otorgada por este Artículo a las empresas sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la empresa social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados (Sentencia C-171 de 2012).

Segundo, la Corte Constitucional en Sentencia C-614 de 2009, manifestó que la jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de relación laboral y el de la prestación de servicios.

Lo anterior se logra mediante la explicación de esos criterios, que a saber son estos cinco:

Criterio funcional

El Consejo de Estado mediante Sentencia con Radicado 0370 del 21 de agosto de 2003, explicó que la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En conclusión, no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes.

Criterio de igualdad

El Consejo de Estado indicó en la Sentencia con Radicado 2152 del 06 de marzo de 2008, que si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública.

Criterio temporal o de la habitualidad

Mediante Sentencia con Radicado 4798 del 03 de julio de 2003, el Consejo de Estado afirmó que si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, cumpliendo un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual.

Criterio de la excepcionalidad

Ahora bien, si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública.

Criterio de la continuidad

Barona et al. (2014), argumentó que “Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” (p.279).

Finalmente, el Procurador General de la Nación por medio de la Circular No. 008 del 07 de mayo de 2013, señaló que el contenido del artículo 48 de la Ley 734 de 2001, tipifica como falta gravísima del servidor público, “celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”.

Sector privado.

El principio de la primacía de la realidad, es un principio constitucional contemplado en el artículo 53 de la Carta. Adicionalmente, está desarrollado en la legislación laboral. El Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos 22 y 23 indica cuáles son sus elementos esenciales, afirma la existencia de contrato de trabajo en presencia de tales elementos, y luego consagra

una presunción legal. La presunción legal se describe en el artículo 23, a saber: “Una vez reunidos los tres elementos de que trata este Artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.

Este último numeral constituye un claro desarrollo del principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales y tiene claras implicaciones probatorias, como lo indicó la Corte Constitucional:

Concurriendo los tres elementos esenciales del contrato de trabajo éste existe, sin que deje de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones y modalidades que se le agreguen. Es a lo que la doctrina ha denominado contrato realidad. Pero al trabajador solo le bastará con acreditar la existencia de la relación laboral para que opere la presunción legal del contrato de trabajo, con lo cual se invierte la carga de la prueba para el empleador quien para desvirtuarla tendrá que acreditar que esa relación nunca estuvo presidida por un contrato de trabajo aportando los elementos probatorios que le permitan al fallador llegar a tal conclusión (Corte Constitucional Sentencia T-225 de 2012).

Los hechos predominan sobre las formas y eso es lo que importa. Así lo afirma Américo Plá Rodríguez (1978), al concluir que no es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios

de que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades (pp. 256 y 257).

Ante todo, en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo se manifiesta que las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con las normas jurídicas de protección al trabajo, no producirán ningún efecto, pues se entienden las cláusulas acordadas como ineficaces, así no se haya declarado judicialmente. Advierte que todo trabajo ejecutado en virtud de ese tipo de cláusulas, y que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio, hasta que se reconozca la ineficacia.

5.4 Empresas de servicios temporales como empleador

Al principio del trabajo, se expuso que los médicos en SSO en Colombia también están siendo vinculados en algunas ocasiones por medio de contratos de trabajo en donde el empleador es una empresa de servicios temporales. Inevitablemente, la posición asumida frente a ello es que esto sería bueno para los médicos solo si se cumplen cabalmente con los principios que componen el derecho al trabajo, como el ya mencionado principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Por el contrario, en la práctica hay empresas sociales del Estado que utilizan indebidamente la figura de los trabajadores en misión en unión con las empresas de servicios temporales, para pasar por alto los derechos de los médicos del servicio.

Entonces, si estas empresas no van contratar cumpliendo con los elementos que conforman el derecho al trabajo de los médicos, no debería seguir permitiéndose que funcionen con calidad de empleadores, pues lo que en realidad en ocasiones ocurre es que las primeras simulan

relaciones permanentes de subordinación con el empleado, cuando lo que verdaderamente está presente es que las empresas sociales del Estado son sus empleadores, y no un usuario más de esas empresas.

Los médicos en SSO deben ser vinculados directamente con su empleador real, por medio de contratos de trabajo, y no bajo la simulación de contratos de prestación de servicios, o de contratos de trabajo como trabajadores en misión con empresas de servicios temporales. Este último, debido a que se desnaturaliza el compromiso de las entidades públicas o privadas, de proteger el derecho al trabajo de los médicos, pues al aparentar ser un simple usuario, ilegalmente le cede esa responsabilidad a las empresas de servicios temporales.

Las empresas de servicios temporales se encuentran reguladas en los artículos 71 al 94 de la Ley 50 de 1990 y en el Decreto 4369 de 2006.

En concreto, la Ley 50 de 1990 la define como:

Aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador (artículo 71).

Encontramos en nuestro caso concreto, respecto a la vinculación de los médicos rurales a las empresas sociales del Estado, por medio de estos tipos de contrato, que respecto a las partes que lo conforman, según el artículo anterior, el empleador es la empresa de servicios temporales. Mientras que el artículo 73 de la misma Ley expresa que “se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios

temporales”. Por lo que el usuario es la empresa social del Estado. Por último, el artículo 74 indica que:

Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos categorías: trabajadores de planta y trabajadores en misión.

Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales.

Trabajadores en misión son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por estos.

Con base en ello, el empleado, el médico rural, es un trabajador en misión. Esto nos lleva al Artículo 75 que ilustra que a los trabajadores en misión se les aplica las normas del régimen laboral, es decir, el derecho privado. Pero entonces se suscita una duda frente a dónde está la inconformidad, si hace unos apartes atrás se defendía que a los médicos rurales los vincularan en las empresas sociales del Estado bajo el régimen de derecho laboral, esto es, derecho privado.

Y bien, el problema jurídico gira en torno a la contratación fraudulenta de trabajadores en misión. La contratación fraudulenta se explica a partir de dos situaciones: la primera, es que teniendo en cuenta el contenido de los artículos 34 y 35 del CST, consiste en que en una relación laboral, una persona natural o jurídica aparente ser un empleador y verdaderamente sea un intermediario. Y al contrario, quien finge ser un intermediario sea un verdadero empleador. La segunda situación, se expresa en el caso específico de trabajadores en misión, al recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de este tipo de trabajadores. El CST en su artículo 35 numeral 3°, reporta que si se verifica que hubo una contratación de este tipo, la

empresa de servicios temporales es solidariamente responsable de los efectos que se deriven de la simulación.

La Corte Suprema de Justicia lo plantea de la siguiente forma:

Frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 (...) solo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

(...)

Las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser considerados como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deben ser considerados como servidores suyos (Sentencia con Radicado No. 25717 del 21 de febrero de 2006).

En un escenario como el expuesto, no debería seguir permitiéndose que las empresas de servicios temporales funcionen con calidad de empleadores. Utilizar el contrato de trabajo para

simular relaciones de subordinación con el médico rural, cuando lo que realmente ocurre es una relación de permanente subordinación de los médicos hacia las empresas sociales del Estado. Ciertamente es que, aparte de las sanciones administrativas que procedan, en virtud del numeral 3° del artículo 35 del CST, la empresa de servicios temporales se hace responsable solidariamente con la empresa social del Estado en lo concerniente al pago de salarios y prestaciones legales que se hubieren generado durante la prestación del servicio de salud.

Conclusiones

Regular lo atinente a la utilización permanente del contrato de trabajo de los médicos en SSO en las empresas sociales del Estado se ha convertido en una necesidad; primero porque a través de la relación contractual laboral, las normas a ellos aplicables constituyen apenas un mínimo de garantías a su favor, de modo que es posible discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliego de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva, un pacto colectivo; en segundo lugar, porque los docentes, recién egresados, y el gremio de la salud en general, denuncian que día a día el médico rural se ve obligado a prestar el servicio bajo inseguridad en la contratación y explotación laboral (Universidad de Antioquia, 2013); en tercer lugar, porque al vincularse por nombramiento, no tienen la posibilidad legal de discutir y acordar con la administración las condiciones de prestación del servicio, ni al momento del nombramiento ni posterior a la posesión, ya que ellos solo puede presentar peticiones respetuosas a la administración; y en cuarto lugar, porque con las figuras del contrato por prestación de servicios y las empresas de servicios temporales como empleadoras, no se dará cumplimiento total a la legislación laboral.

La prevalencia de los principios mínimos fundamentales enunciados en el artículo 53 de la Constitución Nacional, se deben mantener en toda relación laboral, incluso en la que surge entre la administración y sus servidores. Por ser estos complementos indispensables del artículo 25 de la Carta, se prohíbe que el empleador, ya sea un particular o la misma administración, desconozca el valor del trabajo contenido en ambas normas. No obstante, este mandato no es suficiente en este caso, pues no alcanza a cumplirse su real protección si categorizamos

erróneamente un empleo en la administración, cuando, por razones claras, debería estar en el ámbito de los particulares.

Igualmente, al permitirse la permanencia del contrato de trabajo en este tipo de servicio, el número de demandas se puede disminuir, debido a que no existirían tantos pleitos respecto a asuntos como el de sobrecarga laboral, ilegalidad de pagos de salarios y prestaciones, atentados contra el principio de la realidad sobre las formas, entre otros.

Por lo anteriormente expuesto, y a modo de conclusión final, se puede afirmar que es necesaria la actualización de la normatividad colombiana respecto al Servicio Social Obligatorio en medicina, con el fin de garantizarle al egresado, y al gremio de la salud en general, el ejercicio de la medicina como profesión, bajo condiciones dignas y justas. Por eso las decisiones que tomen las diferentes entidades de salud no pueden ir en contravía de los derechos que le han sido reconocidos constitucionalmente a los egresados.

Para lograr lo anterior, la propuesta radica en que se presenten los siguientes cambios:

1. Que se incorpore la figura del contrato de trabajo permanentemente, a través de un Decreto reglamentado por el Ministerio de Salud y Protección Social, como entidad responsable de dirigir, organizar, coordinar y evaluar el programa; teniendo en cuenta que el Servicio Social Obligatorio puede dar lugar a una relación laboral si su prestación satisface las condiciones indicadas, es decir, si la actividad es cumplida personalmente por el profesional de la salud; existe subordinación del trabajador respecto del empleador; y aquel recibe una remuneración por su servicio.

2. Que se impongan sanciones a las plazas (empresas sociales de Estado), que no le retribuyan al profesional su salario y prestaciones sociales de acuerdo a la legislación laboral,

porque el Servicio Social Obligatorio posee otra dimensión mayor a la de un simple requisito. Y es que está estrechamente vinculada a la satisfacción del derecho al trabajo, que lo convierte en un bien de importancia jurídica para esos egresados, pues su desempeño redundará en beneficio de sus condiciones de ingreso a la vida laboral.

Referencias

- Arias López, J. (2011). Derecho procesal laboral: aspectos didácticos y pedagógicos. (1^a ed.).
Gráficas Olímpica S.A.
- Barona Betancourt, R. (2014). Los prestadores de servicios de salud. Grupo Editorial Ibáñez.
- Consejo de Estado. (2003). Sentencia 0370-2003. Magistrado ponente Jesús María Lemos
Bustamante.
- Consejo de Estado. (2003). Sentencia 4798-2003. Magistrado ponente Alejandro Ordoñez
Maldonado.
- Consejo de Estado. (2008). Sentencia 2152-2008. Magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez
Aranguren.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia C- 479 de 1992. Magistrados Ponentes
José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia C- 195 de 1994. Magistrado Ponente
Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia C- 559 de 2004. Magistrados Ponentes
Álvaro Tafur Galvis y Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia T- 387 de 2006. Magistrada Ponente Clara
Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T- 016 de 2007. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T- 1174 de 2008. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C- 614 de 2009. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C- 619 de 2009. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C- 171 de 2012. Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T- 109 de 2012. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-225 de 2012. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1979). Sentencia 6622-1979.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2006). Sentencia 25717-2006. Magistrado Ponente Carlos Isaac Nader.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017). Sentencia 4867-2017. Magistrado Ponente Jorge Luis Quiroz Alemán.

De Laubadére, A. (1984). Manual de derecho administrativo. Editorial Temis.

- Guerrero Figueroa, G. (1996). Compendio de derecho laboral. Derecho individual del trabajo. (2ª ed.). Editorial Leyer.
- Kelsen, Hans. (1997). Teoría pura del derecho. Editorial Porrúa México.
- Leal Pérez, H. (2018). Diccionario Jurídico. (9ª ed.) UniAcademia LEYER.
- León Franco, A. (2006). Fundamentos de seguridad al paciente para disminuir errores médicos. (1ª ed.). Universidad del Valle.
- Ministerio de la Protección Social. (1978). Decreto 1042 de 1978. Diario Oficial No. 35.035 de 06 de julio de 1978.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2010). Resolución 1058 de 2010. Diario Oficial No. 47.671 de 05 de abril de 2010.
- Organización Internacional del Trabajo. (2007). Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y el trabajo decente. (1ª ed.). pp. 2 y 3.
- Plá Rodríguez, A. (1977). Conferencia en Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos. Editorial MBA.
- Procuraduría General de la Nación. (2013). Circular No. 08 de 2013.
- República de Colombia. (1951). Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
- República de Colombia. (1968). Presidencia de la República. Decreto 3135 de 1968. Diario Oficial No. 32.689 de 20 de enero de 1969.

República de Colombia. (1981). Congreso de la República. Ley 50 de 1981. Diario Oficial No. 35.794 de 07 de julio de 1981.

República de Colombia. (1981). Presidencia de la República. Decreto 2396 de 1981. Diario Oficial No. 35.894 de 30 de noviembre de 1981.

República de Colombia. (1990). Congreso de la República. Ley 10 de 1990. Diario Oficial No. 39.137 de 10 de enero de 1990.

República de Colombia. (1990). Congreso de la República. Ley 50 de 1990. Diario Oficial No. 39.618 de 01 de enero de 1991.

República de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

República de Colombia. (1993). Congreso de la República. Ley 100 de 1993. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

República de Colombia. (1998). Congreso de la República. Ley 489 de 1998. Diario Oficial No. 43.464 de 30 de diciembre de 1998.

República de Colombia. (2004). Congreso de la República. Ley 909 de 2004. Diario Oficial No. 45.680 de 23 de septiembre de 2004.

República de Colombia. (2007). Congreso de la República. Ley 1164 de 2007. Diario Oficial No. 46.771 de 04 de octubre de 2007.

Revista Semana (2014). Las plazas rurales, encrucijada de los recién egresados de la salud.

Recuperado de: <https://www.semana.com/nacion/articulo/las-plazas-rurales-encrucijada-de-los-recien-egresados-de-la-salud/405198-3/>

Revista Semana (2020). Los médicos tienen el doble riesgo de suicidio que la población general.

Recuperado de: <https://www.semana.com/vida-moderna/multimedia/salud-mental-en-medicos-colombia/618814/>

Tratado de Versalles. (1919). Pp. 387-399.

Universidad de Antioquia (01 de febrero de 2013). S.O.S al Servicio Social Obligatorio. Año

Rural [Archivo de Video]. Youtube.

<https://www.youtube.com/watch?v=VrKPgnYPS5E>

Villegas Arbeláez, J. (2005). Derecho administrativo laboral. Tomo I. Principios, estructura y relaciones individuales. (7ª ed.) Legis Editores S.A.

Bibliografía

ESE Hospital Universitario de La Samaritana (08 de junio de 2018). Aspectos legales del Servicio Social Obligatorio [Archivo de Video]. Youtube.
<https://www.youtube.com/watch?v=6UfJkjs5ohA>

Jaramillo Vallejo, H. J. (2018). Derecho procesal del trabajo y la seguridad social. (1ª ed.) Librería Jurídica Diké.

Ministerio de Salud. (octubre de 2017). ABECÉ SSO. [pdf].
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/TH/abc-ss0.pdf>

Página web Colegio Médico Colombiano. https://www.colegiomedicocolombiano.org/web_cmc/

Página web Médicos Generales Colombianos. <https://medicosgeneralescolombianos.com/>

Rincón Córdoba, J. I. (2009). Derecho administrativo laboral: empleo público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral. Universidad Externado de Colombia.

Sociedad Colombiana Médicos Generales (13 de julio de 2019). Preguntas y respuestas de lo que debe saber un médico Rural o Servicio Social Obligatorio [Archivo de Video]. Youtube.
<https://www.youtube.com/watch?v=4NaMxcwuIe4&t=238s>

Villalba Noguera, R. (1997). Casuística laboral. (1ª ed.). Ecoe ediciones.